

## **Agraz de Marquina Herrera y Guzman, Francisco**

**Por Don Francisco Agraz de Marquina, Herrera, y Guzman, Cuallero de la Orden de Calatraua, y alguazil mayor de la Inquisicion del Reyno de Aragon, con don Pedro de Agraz, vezino de la villa de Ocaña.**

[s.l.] : [s.n.], [entre 1600 y 1650].

Vol. encuadernado con 23 obras

Signatura: FEV-AV-G-00189 (13)

La obra reproducida forma parte de la colección de la Biblioteca del Banco de España y ha sido escaneada dentro de su proyecto de digitalización

<http://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Profesionales/Biblioteca/Biblioteca.html>

Aviso legal

*Se permite la utilización total o parcial de esta copia digital para fines sin ánimo de lucro siempre y cuando se cite la fuente*





P O R

DON FRANCISCO A G R A Z  
de Marquina, Herrera, y Guzman,  
Cauallero de la Orden de Calatrava,  
y Alguazil mayor de la In-  
quisicion del Reino  
de Aragon,

C O N

Don Pedro de Agraz vezino de la vi-  
lla de Ocaña.



**R**esuponese en el hecho. Lo primero, q̄ Die-  
go de Agraz de Marquina fundò mayoraz-  
go entre sus hijos, y descendientes, con las  
clausulas ordinarias; y en faltando ellos, pu-  
so clausula para los transversales, del tenor siguiente.

**Y** faltando todos mis descendiētes varones, y hembras  
legitimos, suceda en el dicho mayorazgo el pariente trās-  
versal

A

versal



versal mas propinquo de mi linaje legitimo, que à la sa-  
zon se hallare por la misma orden, considerandose siem-  
pre la proximidad, assi en lo que toca à mis descendientes,  
como à los transversales, respecto del ultimo possedor, re-  
presentando siempre el hijo, ò descendiente del hijo mayor  
la persona de su padre muerto en vida del ultimo possede-  
dor, ò despues de su muerte, ora sea transversal, ò descen-  
diente en qualquiera grado, aunque no sea descendiente  
del instituidor, ni del ultimo possedor, y estè fuera de los  
grados en que el derecho permite representacion en los  
transversales.

3 Y despues de otras clausulas dize: Item, que los suce-  
sores deste mi mayorazgo se ayan de llamar de mi nom-  
bre y apellido, y traer mis armas derechas como yo al  
presente las traigo, llamandose primero de mi nombre y  
apellido, y trayendo mis armas siempre en el mas pree-  
minente lugar, y no lo cumpliendo assi, que por el mismo  
hecho passe la sucession del en el siguiente en grado; lo  
qual se entienda auiendo passado tres meses sin auerlo cū-  
plido, despues de auersele deferido la sucession del, y a-  
uerlo el sabido, sin que para esto sea necessaria interpela-  
cion, ni monicion, ni lapso de mas termino, ni de otra di-  
ligencia alguna.

4 Lo segundo se supone, que Don Pedro de Agraz es  
pariente consanguineo por la parte del padre del fun-  
dador, y Don Francisco de Agraz tiene probado su pa-  
rentesco por parte de la madre, Doña Catalina Xua-  
rez de Marquina mediante los dos matrimonios que  
tuvo, y por esta parte viene à ser pariente mas propin-  
quo, y sobrino no solo del fundador, sino de D. Ana de  
Agraz, vltima possedora; la qual en vida, por morir  
sin hijos, le dio la possesion de los bienes del mayoraz-  
go mediante vna donacion que dellos le hizo, de que  
no se duda.

5 Lo tercero, que auiendo salido à este pleito Don

Sc.



Sebastián Agraz otro recetó opositor, presentò vn traslado autentico del testamento del fundador, en q̄ en la clausula de las armas tiene puesta la condicion, y grauamen, no copulatiuamente, sino con alternatiua de que traigan su nombre, o armas, diferenciandose de la escritura presẽtada por Dõ Pedro de Agraz en que està copulatiuè.

- 6 Don Francisco Agraz de Marquina redarguyò de falso la escritura presentada por Don Pedro; y auiendo pedido, que pareciesse, y se mostrasse el protocolo, y hecho se diligencias por mandado del Consejo, no ha parecido, y assi introduxo articulo para que se declare, que se ha de estar al testamento, dõde suena este grauamen alternatiuè; mayormente porque el ha presentado otro traslado (sacado mucho antes que este pleito se intentasse) en que tambiẽ se halla la alternatiua, y no la copulatiua, y la determinacion desto se reservò por autos de vista, y reuista para la difinitina.

- 7 Con estos presupuestos dize Dõ Pedro de Agraz, que siendo pariente por parte de padre del fundador, aunque Don Francisco de Agraz sea mas cercano por parte de la madre, no se debe atender à este parentesco en materia de sucesiõ de mayorazgos, por dos fundamentos de que se vale.

### Primum fundamentum.

- 8 **L**O Primero, por la mayor prerogativa, y calidad que tiene el padre respecto de la madre, que es la parte por donde viene, y se considera la nobleza, cõ que es visto tener mayor afeccion el fundador à los parientes de la parte del padre, que no à los maternos.

- 9 Y con esto se aplica el lugar de *Mantic. lib. 8. ultim. tit. 13. n. 4.* donde dize: *Quòd frater uterinus tantum,*



tum, non intelligitur substitutus in fideicomisso, quando testator voluit bona in familia remanere: y lo que dize Baldo in l. 1. C. de suis & legit. heredib. à quien sigue, y refiero Grego. Lopez in l. 5. tit. 13. Part. 6. gl. vlt. Ibi: Nota quòd in varonia, vel feudo non consideratur an aliquis frater sit utrinque coniunctus, sed an sit coniunctus ex illa parte, ex qua feudum defertur, cò lo de mas que juntan los DD. en el c. 1. §. Et quia vidimus, de his, qui feudum dare pos. dõ de se prueva, quòd linea quæ non causat prærogatiuam succedendi non attenditur, de quo latè Rosental de feud. c. 71. concl. 27. num. 2. y por lo que en terminos de la sucecion de Capellania dize Iacobo Cavalerio en la decisio 241. vbi refert iudicatum in Rota Romana.

10 Sed his non obstantibus pretende Don Francisco Agtaz del Marquina, que ès el verdadero successor, y en quien solo se verifican las palabras de la clausula del *pariente mas cercano*, y se funda por los medios siguientes.

11 Lo primero, porque à la generacion del hijo legitimo igualmente concurren marido, y muger, y por esta razon muriendo vn hijo abintestato sin dexar descendencia, igualmente marido, y muger (hoc est su padre, y madre) succeden en sus bienes, *ut in Authent. de hered. abintest. venient. §. Si igitur defunctus. l. 4. ti. 13. Partita 6. y l. 1. §. 4. tit. 8. lib. 5. Recopilat.* los hazen primeros y precisos herederos, sin que los hermanos del hijo difunto en parte ninguna de su herencia puedan concurrir no solo con ellos, pero ni con otros ascendientes legitimos del hijo que muere abintestato, *d. l. 4. Recop.* por la qual se corrige lo q̃ contra esto por derecho està dispuesto, *ut notat Greg. Lopez in d. l. 4. Partita. gl. 3.*

12 Desta primera igualdad resulta la segunda entre los mismos hermanos, porque muriendo vno abintestato



testato sin descendientes, ni ascendientes, si dexa vn hermano ex parte matris, y otro ex parte patris de iure Regni succeden æqualiter, y los bienes del padre los lleva el hermano consanguineo, y los de la madre el vterino, y en los adquiridos por el hermano difunto succeden igualmente.

13 Y si solo ai vn hermano vterino, ò consanguineo, esse solo succede en todos los bienes, excluyendo a los mas remotos, q̃ no seã sobrinos del hermano difunto, l.6. tit.13. P.6. y de derecho comũ igualmẽte sucediã sin diuisiõ en todos los bienes, vt optimẽ probat Robl. *in tract. de represent. lib.2. c.22. per tot. maximẽ à n.5.*

14 Rursus, porq̃ de tal forma cõsiderò el derecho la propinquidad, y les dio la inmediata successiõ despues de los hermanos vtrinque coniuñctos, que se la calificò con nombre de hermanos, sin diferẽciar el cõsanguineo del vterino, *Authentic. de heredibus ab intestat. §. si igitur defunctus*, ibi: *Is autem non existentibus in secundo ordine illos fratres vocamus, qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrẽ solũ, siue per matrẽ, l.5. vers. Ca dezimos. tit.13. Part.6. ibi: O troso hermano, ò hermana de padre, ò madre, quod procedit modò versemur in materia odiosa, modò fauorabili, Valẽt. Forster. de succes. lib.8. Marta de succes. legal.3. p. q.4. art.1. n.7. y no ai mas diferẽcia entre ellos, que preferir en concurso al vtrinque coniuñcto, d. §. si igitur, & §. consequens, in d. Authentic. de heredib. ab intest. venien. Cynus, Bart. Bald. & DD. in Authen. itaque, C. com. de succes. Nat. cõf.395. n.1. Cephal. cõf.22. n.27.*

15 Quapropter atendiẽdo à la propinquidad del parietesco de D. Frãisco por parte de la madre del fundador no puedẽ los parietes del padre excluirlo, por q̃ no se trata de successiõ q̃ fudò el padre (in quo casu tanolamẽte se podiã admitir los parietes del padre) sino de fundacion hecha por hijo en q̃ la lei igualmente califica

B

por



por mas proximos parientes despues de los hermanos, vterinque coniuñctos los consanguineos, y vterinos, sin diferencia alguna, *ut in d. Authentic. post fratres, C. de legit. heredib. Et in corpore unde sumitur*, y quererlos preferir es pretender, que el segundo, ò tercero grado de substitution se prefiera al primero, ò segundo: lo qual es absurdo notorio, *contra legē quādiu, de acquir. hered. l. si filius, §. Cum filius, de bonis libert. ibi: Qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim, l. heredes mei, §. fin. D. ad Trebel.*

16 De lo dicho hasta aqui nace el primer fundamēto, pues los mayorazgos de España se regulan como los fideicomissos, *secundum ordinem successionis abintestato, ut in l. fin. C. de verb. signif. Et ibi Paul. de Castro num. 5. glos. in l. Cum ita, §. In fideicommissio, de legat. 2. Bartholom. Socin. cons. 13. num. 4. Decio cōs. 229. num. 15. Mantica de coniectur. ultim. lib. 8. tit. 12. nu. 11. latē Surd. cons. 370. Molin. de primog. lib. 3. c. 9. n. 7. Et latius n. 11.*

17 Lo segundo, se funda la justicia de Don Francisco en que el testador llamando al pariente mas propinquo de su linage no quiso hazer diferencia entre los de la linea paterna, ò materna; porque la palabra, *de mi linage*, igualmente los comprehende, *l. cum quidam, §. Quod dicitur, D. de acquir. hered. lib. hac parte. D. unde cognati. Ibi: Omnibus cognatis permittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, l. vel si sanguine, D. de manumiss. vindicta. Ibi: Vel si sanguine cōiuncti sunt, habetur enim cognationis ratio, l. vacantia, C. de bonis vacantibus, lib. 10. ibi: Ex qualibet linea sanguinis, l. nullus, C. de Decurionibus, eodem lib. 10. ibi: Materni sanguinis, c. tu a nos, c. non debet, de consanguinitat. Et affinit. cap. pōstrimo, de appellat.*

18 Et ratio est, porque la palabra, *linage*, se deriva de la



la palabra, *linea*, à qua deriuatur nomē Latinum, *lignagium*, Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 9. num. 1. §. 2. §. 241. y en Castilla este es su propio significado, y denota suceſſion regular de varones, y hembras, l. 2. tit. 15. Part. 2. ibi: *Que el padre, è la madre codiciã auer linage que heredẽ lo ſuyo*. Et ibi: *E eſto uſarõn ſiempre en todas laſtierras del mundo doquier que el ſeñorio ouieron por linage*, idem in l. 1. tit. 8. §. in l. 6. tit. 15. §. in l. 1. tit. 20. Partit. 2. Molin. lib. 3. cap. 4. n. 10. Mier. 2. part. q. 6. num. 88. y deriuandose della es fuerça, que componiendose el linage del fundador de dos cabeças, ò lineas, vna paterna, y otra materna, ſe comprehendia no ſolo la paterna, ſino la materna mas cierta, y mas conocida, l. quia, D. de in ius vocando, y la del padre no tan cierta, iuxta illius Homeri d. 2. iuxta uerſionẽ luſtopolitani, ubi in perſona Thelemachi ſic loquitur: *Hãc ruruſus Thelemachus ſapiens contra allocutus eſt: tibi ego hoſpes valdẽ uerẽ dicam, mater quidem me dicit huius eſſe, ſed ego neſcio, nondum enim aliquis ſuum genitorem ipſe nouit.*

19 Y para conſtituir diferencia entre los parientes del padre, y de la madre era menester, que el fundador lo eſpecificara con la claridad que lo eſpecifica la l. ſunt autem agnati, D. de legitim. tutor. donde para denotar eſte eſpecial parenteſco puſo la palabra, à *patre cognati*, y lo miſmo en la l. Iuriſconſultus, D. de gradibus affinit. donde la lei iguala en ſu generalidad el parenteſco que prouiene del padre, y de la madre, y para conſtituir diferencia entre eſtos, dize, que aquellos ſe llaman agnatos, *qui per patrem cognati ſunt*.

20 Y en no auiendo eſta eſpecificacion es doctrina aſentada, quòd verbum, *linage*, comprehendit propriè paternum, & maternum genus, l. neque Dorotheu, C. de Decurionib. lib. 10. §. in Rubric. de hered. ab inteſta. §. de iure agnationis ſublato: y expreſſamente en el §.

Si.



*siquis igitur, cap. venerabilis, de præbend. cap. nouit, de iudic. cap. statutum, de heretic. lib. 6. Stephan. Gratian. 2. part. disceptat. cap. 295. num. 1. y con Mantica, Curcio Iunior, y Roland. à Valle, Augustin. Barb. de appellat. verborum in verbo, generatio, appellatione 108. num. 6.*

21 Lo tercero, porque todas las vezes que el feudo es nueuo, y toma principio en vn hermano, de forma, q̄ non prouenit ex antiquo, el hermano vterino sucede en el, como mas propinquo, si las condiciones de la adquisicion no le son contrarias, ita *Francis. de Amicis tit. de his, qui feudum dar. poss. q. 17. quem simul cum alijs, Alexand. Aretin. Ioan. Andr. allegat, Et sequitur Marta de succes. legali, part. 1. q. 23. art. 3. num. 9. y en el num. 10. pone la razon, porque regulariter successor debet esse coniunctus ab ea parte, vnde prouenit feudum, ideò non est attendenda coniunctio ab vtraque parte, y solamente el de grado superior (hoc est) el hermano vtrinque coniuncto le prefiere, *Ruin. cons. 28. num. 18. vol. 3. Cephal. cons. 623. num. 20. Decian. cons. 16. num. 37. Et 51. vol. 1. Surd. cons. 407. num. 13. lib. 3. y* así con mas fuerte razon procederà en nuestros mayorazgos, que se fundan de bienes patrimoniales à la voluntad del poseedor que le pone las condiciones q̄ le parece, *iuxta text. in l. traditionibus, D. de pact.**

22 Lo quarto, por ser regla indubitable, que en faltàdo los descendientes del vltimo poseedor se atiende à la cercania y proximidad del vltimo poseedor, sin mirar à la del fundador, *Molina lib. 3. cap. 9. n. 1. Antonin. Thesaur. decis. 65. n. 4. Et infinitos referens additionator ad Molinam ad num. 1. Et ad num. 3.*

23 Y el admitir esta regla en mayorazgos se haze ex ipsa rei natura, *vt eleganter expendit Molina vbi proximè, num. 13. ibi: Quartò id etiam alia ratione cõprobatur, nam si in maioratus successione proximitas respe*  
*ctu*



Et a primi maioratus institutoris consideranda foret, ut à communiter accidētibus esset impossibile, vel saltem aded difficile, ut moraliter loquendo impossibile dici posset, cū enim prope omnia horum Regnorum primogenia antiquissima sint, si in eorum successione proximitas à primo institutore consideranda foret, necessarium esset mille annorum circulos reuoluere, de quibus nullo pacto haberi possent certae testimonia: ideoque ut hæc inconuenientia vitentur, conuenientius visum fuit ab ultimo possessore proximitatem derivare, quàm proximitatis probationē penè impossibilem efficere, quæ ratio nō solum antiquissima primogenia, verum etiā ea, quæ hisce temporibus instituuntur, comprehendit, quamvis enim hodie proximitas respectu institutoris probari possit, futuris tamen temporibus eadem probationis difficultas in eorum successione necessariò continget.

24 Y esta consideracion de Molina es mui aplicable à nuestro caso, donde si bien oi se ha podido averiguar la parte por donde venga el parentesco à cada vno de los dos opositores, si sucediera despues de tres, ó quatro generaciones de los descendientes del fundador, era imposible verificarlo, y concurriera la incertidumbre, y dificultad que considera Molina, y lo mismo será in futuris temporibus: y assi se conuençe, quòd etiā hodie se ha de atender à la regla de la proximidad, en que no puede auer la incertidumbre ponderada.

25 La regla de la cercania es tan poderosa, que obliga à que se suceda por ella en bienes que no son de la familia, secundum Gregorium Lopez, in l. 2. tit. 15. part. 2. gl. 18. verb. el mas propinquo pariente, en la question 5. incipit, sed pone retento eodem themate, dōde praeua, que si marido, y muger fundaron mayorazgo con llamamientos del mas propinquo de su linage, tan à la letra se entiende, y con tanta igualdad de los parientes de entrambos, que si à la successione concurre pariente mas

C

pro-



propinquo de la muger cō el mas remoto del marido,  
no se atiende al parentesco del vno de los fundadores  
varon, sino al mas pariente de la hembra, *exornat latē*  
*Ioan. Gutier. conf. 2 n. 9. Nicolas Garcia de benefic. 7. p.*  
*c. 15. n. 22.*

26 Prædicta regula vnā tātū habet fallentiam, | vi-  
delicet, si el tal pariente mas cercano al vltimo possee-  
dor no tuuere genero de parentesco con el fundador,  
como lo declara *Molina dicto cap. 9. num. 2.* donde no  
distingue, que el parentesco respectō del fundador aya  
de ser por vn lado mas que por otro, ni prefiere el gra-  
do vtrunque conueto, sino solo pide, que sea parien-  
te; y pues este parentesco no se puede negar en D. Frā-  
cisco Agraz de Marquina (vt supra latē dictum est, y  
tambien se verifica en que si no estuuiera de por me-  
dio Don Pedro de Agraz, nadie en el mundo pu-  
diera negarle la sucefsiō del mayorazgo por dezir, que  
no tenia parentesco con el fundador) sequitur euiden-  
ter, que esta conclusion, y doctrina es la que determi-  
na nuestro caso, sin que aya otra mas indiuidual, ni pre-  
cisa.

27 Maximè, porque no solamente se verifica en la per-  
sona de Don Francisco de Agraz la cercania respectō  
de Don Pedro de Agraz con la vltima poseedora, sino  
con el mismo fundador, & ideò maiori ratione se apli-  
ca el que se aya de determinar el punto por la cercania  
y proximidad, sin atēder, ni distinguir por la parte que  
se traua el parentesco, como no lo atiende, ni distingue  
Molina, ni otro de los demas Autores q̄ le siguen, y re-  
fieren, quos longa manu congerit eius additionator ad  
num. 1. ¶ *Ad num. 3.*

28 El Abogado contrario el dia de la vista para huir la  
fuerça desta cōclusion, hizo vn largo discurso, diziēdo,  
q̄ para considerarse la proximidad se ha de atender en  
primer lugar la linea por donde se deriua la sucefsiō, y  
que



q̄ en este sentido se ha de entender la doctrina de Molina; pero esto es violētar à q̄ diga lo q̄ no le passa por la imaginaciō, pues no puso palabra dōde se pudiesse entender, q̄ trataba de lineas, sino de parentesco por mayor, y en general, y para darlo à entēder mas claro aū, no usò de la palabra, *linage*, ni de *generaciō*, sino de *familia*, vt patet ex eius verbis in d. na. 2. ibi: *Similiter etiā prēmittendū erit, dubiū hoc non esse proponēdū inter illū, qui ultimo possessori proximior est, nō tamen ex familia primi institutoris procedit, is nāque à quocūque alio remotiori, qui ex familia primi maioratus institutoris descēdat, excludetur. Cū enim maioratus successio ad eos solos, qui ex familia institutoris processerint, deferēda sit, ut sup. lib. 1. c. 1. Et alibi sēpe ostensam est, constat eū, qui ex primi institutoris familia non descēdit, nō posse aliquo pacto pretendere eiusdē maioratus successiōē, et si ultimo possessori proximiori gradu coniunctus sit: idque etiā verissimum est.*

- 29 Por q̄ es llano, q̄ la palabra, *familia*, es mui vniuersal, y cōprehende los ascendientes, y descēdientes, y trāsversales, imò etiā cōprehendit vxorē, generū, nurū, & libertos de familia sicuti in fideicōmissis, *probat tex. in l. fin. C. de verbor. signif. Authēt. de restitutione fideicōm. per tot. l. pronuntiatio, §. familie, de verb. signif. ubi latē Rebus. Et ceteri repetentes, Peregrini. de fideicōm. art. 29. n. 15. Fusar. q. 351. à num. 1.*

- 30 Y tambien se excluye la ponderacion del Abogado contrario por causa de la linea; la qual procederá, si el mayorazgo fuera mas antiguo, ò q̄ le huuiera hecho el padre del fundador: pero auiendo de acudir al q̄ le hizo como à comū stipite, sin subir mas arriba, es fuerça se atiēda al pariēte mas propinquo del linage del fundador, modò descendat à matre sua, modò à patre, cū successio maioratus quoad fūdatorē iure hæreditario deferatur, *Molina lib. 1. c. 8. n. 10.* y teniēdo el derecho cali-



calificado por tal al hermano vterino, es fuerça q̄ suce-  
da su hijo, à quien otro ninguno en linea, grado, y sexo  
le prefiere: por q̄ el derecho del padre aunq̄ no aya suce-  
dido en el mayorazgo, trāsfiere en el hijo, y es cōpre-  
hēdido virtualmēte, *Molin. lib. 3. c. 6. n. 36. Robl. de re-  
presentat. lib. 3. c. 4. per tot.* dōde resuelve el caso en ter-  
minos de hijos de hermanos vterinos, y en esta funda-  
cion ai expreſſa disposicion, que el hijo represente la  
persona del padre, aunque el padre muera en vida del  
poseedor.

31 Y hablando en terminos de suceſſiō à vna Capella-  
nia, es lugar indiuidual, y expreſſo, para q̄ se aya de atē-  
der à la cercania sin distincion de hermano vterino, ò  
cōſanguineo, el de *Nicol. Garo. de benef. p. 7. q. 15. n. 22.*  
*fol. 117. in illis verbis: Cōcurrente autē ad Capellaniā*  
*(ad quā vocātur cōſanguinei seu de genere fundatoris pro-*  
*pinquiores) cōiūcto ex vno latere tantū, nēpē descendēte*  
*à fratre vterino seu cōſanguineo, cū utrinque coniuncto*  
*remotioni, nēpē descēdante à fratre utrinque cōiūcto pre-*  
*ferendus est cōiūctus ex vno latere, cū sit propinquior. Et*  
*sic in eo verificatur dispositio fundatoris, quod non solum*  
*procedere existimo ultra filios fratrum, sed etiam in alijs,*  
*nā si concurreret ad huiusmodi Capellaniā frater cōſan-*  
*guineus seu vterinus, cū filio fratris utrinque cōiuncti,*  
*preferendus videtur frater cōſanguineus, seu vterinus*  
*cū sit propinquior fundatori, licet secus sit in successione*  
*hereditaria ab intestato, ut in Authē. de consanguin. Et*  
*uterinis fratribus, Et in Authē. cessante, Auth. post fra-*  
*tres, C. de legit. hered. Et ibi D. D.*

32 Lo quinto, por q̄ no solo la proximidad del grado (q̄  
es la segūda regla q̄ propone *Molin. en el lib. 3. c. 4. nu.*  
*13.*) ſino la vltima de la edad es bastante, para q̄ el her-  
mano vterino vença por ella en materia de mayoraz-  
gos al cōſanguineo, y al vtrūque cōiūcto, corrigiendo  
en esto el derecho comū, y lo q̄ se dispone en suceſſio-  
nes ab intestato.

Y así



33 Y así lo tiene y funda en vn caso extraordinario, aunque contingente, *Gregor. Lop. in l. 5. tit. 13. part. 6. glos. 4. verbo, Del finado, in illis verbis: Et idem videtur dicendum in maioria, ex quo inferes ad quæstionē, quòd si mulier, quæ habebat maioriā habuit filium ex primo viro, cum quo matrimonium contraxit, si fortè postea iste vir iuit in bellum, & fuit orta fama, quòd ibi mortuus fuerit, si forte mulier contraxit cum secundo viro, ex quo etiam habuit filium, & demum reuerso primo fuit restituta primo viro, ex quo habuit tertium filium, quòd si mortua ista muliere successit filius eius maior, qui postea decessit sine liberis, quòd maioria debetur filio secundo, licet non sit frater utrinque coniunctus filij maioris decedentis, & non tertio filio, licet fuerit fratri utrimque coniunctus.*

34 Lo mismo tiene *Tiraquel. de retract. lignag. §. 11. glos. 1. num. 14.* quem cum *Gregor. refert, & sequitur Parlador. in sexquicenturia, differen. 24. §. 1. num. 8. Perez de Lara de Anniuers. & Capellan. lib. 2. cap. 3. num. 37.* Y sin referir à ninguno de estos *Nicolas Garcia, en el lugar, y palabras que referimos arriba nu. 31.*

35 Lo sexto: Porque con lo dicho queda respondido à las doctrinas, y lugares de que se vale don Pedro de Agraz, y se añade, que no dudamos, ni nadie puede dudar en que el linage que qualquiera tiene por parte de su padre, no sea mas digno, amado, y privilegiado, que el que le toca por la madre, y que en igual grado, y en terminos de prædilectum se entenderà que habló y sintió del el fundador: pero quando llama al pariente mas propinquo, y este es, vt in casu præsentis, por parte de la madre (como tampoco puede dudarse de la sangre y linage que della recibe) las palabras, mas propinquo, se verifican en este, y no en el consanguineo mas remoto.

36 Quanto mas, que aun en materia de nobleza, si bié







passo, sin fundarlo. Y lo otro, porque habla en fideicō-  
missos perpetuos, que segun los estatutos, y costumbre  
de Italia, son agnaticios, y exclusiuos de hēbras, quod  
longè diuersum est de nuestros mayorazgos, *ut in l. 2.  
tit. 15. part. 2.* Y entre los fideicomissos, y mayoraz-  
gos ai otras mil diferencias, *ut patet ex traditis à  
Mol. lib. 1. cap. 5. cum duobus sequent.*

38 Y lo otro, porque el dezir Mantica, que no se admi-  
te el vterino en el fideicomisso de la familia, se en-  
tenderà, quando concurre en igual grado con el con-  
sanguineo, pero que estando en grado mas cercano  
no se prefiera al consanguineo, ò no pueda suceder en  
mayorazgos de España, es contra todas las reglas de,  
llos, y autoridad del señor Doctor Molina, Gregorio  
Lopez, y todos los demas que arriba citamos, en cuya  
comparacion no es de importancia lo que dize Man-  
tica perfunctorie, y sin genero de fundamento, autori-  
dad, ni leyes.

39 Menos obsta la *decis. 241. de Cavalerio*: tùm, porq̃ el  
confieffa, que se ha juzgado en el punto diferentemen-  
te en la Rota, *ut patet ibi: Hoc dubium fuit pluries in  
Rota propositum & diuersimode dissolutū, modò pro vna,  
modò pro altera parte corā Domino Iusto, cō q̃ recono-  
ce la duda: y assi que la vltima vez se juzgasse contra  
el hermano vterino, nihil ad rem.*

40 Tùm, porque *Cavalerio* solamente alega los conse-  
jos de *Pariso 51. num. 10. in fin. y el 93. num. 33. lib. 2.*  
en los quales trata de fundar la agnacion, y que en sus  
casos la quisieron los fundadores: y que assi la pala-  
bra, *familia*, de que vsaron, se ha de entender de la pro-  
pia agnaticia, y no de la impropia, que por la latitud  
de su significacion comprehende agnatos y cognatos,  
varones y hembras. Lo qual no tiene que ver con  
nuestro caso, donde el mayorazgo no es, ni puede ser  
de agnacion, sino regularissimo, y ordinario, en que  
se



se comprehenden los vnos y los otros, y en que la regla de la proximidad, y cercania, es la primera, y la que quiso y afectò nuestro fundador por palabras expresas.

41 Tùm, porque en el caso que propone Caualerio, aunque Pedro Aguado era mas proximo del vltimo posscedor (que era el hijo del hermano vterino) pero Pedro Martinez, que era el pariente mas remoto del vltimo posscedor, era hijo de hermano vtrunque cõ-iuncto del fundador. De manera, que por lo menos estaua en igual grado con el fundador, & in paritate gradus se considerò el que erat cõiunctus duplici vinculo, lo qual no es aplicable à nuestro caso, donde dõ Francisco, no solo es pariente mas cercano de la vltima posscedora, sino del fundador.

42 Tùm, porque en materia de Capellanias no se atiẽ de la proximidad del vltimo posscedor, sino del fundador, contra lo que se obserua en los mayorazgos, como lo prueba Perez de Lara con Lambertino, y otros muchos que refiere lib. 2. de anniuers. cap. 2. à num. 7. y con Cevallos, y los demas del Reino (sin que en esto dissienta ninguno) *Garc. de benef. tom. 2. 7. p. cap. 15. num. 19. § 20.* Y assi, nil mirum si en aquella decision se prefirió el mas conjunto al fundador, sin atender à la regla de la proximidad del vltimo posscedor, que es la que gouierna, y por quien se ha de regular el caso presente, que no es de capellania, sino de mayorazgo.

43 Tùm, porque alli las palabras de la fundacion era *presentari proximiorẽ de su linage per lineam masculinam, seu fœmininã*, y auiendo expressado entrambas lineas, no fue mucho que se prefiriesse la masculina, como mas digna: pero en nuestro caso no ai palabra que denote *linea*, sino la palabra, *mas cercano de mi linage*, en que no se aplica la consideracion de lineas:

y



y auiendo tan grandes diferencias de vn caso à otro, null a à separatis fit illatio.

44 Tum, porque si se diessse otra intelligēcia, venia à ser la decision de Caualerio contra resoluciones de Gregorio Lopez, Tiraquelo, Parladoro, Perez de Lara, y Nicolao Garcia, que arriba citamos, y contra la naturaleza, y reglas de los mayorazgos, autoridad, y doctrina de Molina, y demas Autores del Reino.

45 Con lo dicho se excluye tambien lo que dice *Baldoin l. 1. C. de suis, & legitim.* à quien sigue *Gregor. in l. 5. tit. 13. part. 6. glos. fin.* y el *cap. 1. §. 1. q. 1. a. vidimus, de his, qui feud. dar. poss.* donde se prueba, que la conjunciō se mira ex illa parte, ex qua feudum deferitur, y que no se atiende la linea, quæ non causat prærogatiuam succedendi: porque todo esto pudiera proceder, si este mayorazgo no lo fundara Diego de Agraz, sino Gomez Agraz su padre, ò en caso que el quisiera hazer vn mayorazgo de agnacion: pero auendolo hecho regular, y llamado al pariente mas propinquo de su linage, y no pudiendo considerarse lineas, sino solamente su persona, que es el estipite comun de quien se deriua el parentesco sin subir arriba à buscar otras lineas, es indubitable, que no se aplica esta doctrina à nuestros terminos, pues no es posible dezirse, que la sucession deste mayorazgo venga por la linea de agnacion, ò de cognacion del fundador, sino solo de su persona, à quien se ha de atender.

46 Et prætereà facit, porque si se huiera de subir à buscar lineas superiores, y contentiuas del fundador, era subvertir todas las reglas de la proximidad, q̃ hemos fundado, y huiera de ser la proximidad respecto del instituidor contra la resolucion assentada destos Reinos, de auer de ser con el vltimo poseedor: porq̃ auiendo de subir à buscar los principios de las lineas, non est dabilis casus, en que se executasse la resolucion de

la

E

la



la proximidad respecto del ultimo poseedor: porque con atenderse à las primeras cabeças de las lineas, y la representacion de las personas descendientes en ellas siempre vendria à preferirse quien fuesse mas cercano del primero instituidor, y auiendo sido frustratoria la disputa tan controvertida sobre à qual proximidad se ha de atender, viniendo por este medio à ser precisa la atencion con la proximidad del primer instituidor: & hæc de primo fundamento.

### Secundum fundamentum.

47 **E**L Segundo fundamento, y de quien haze mayor aprecio la parte contraria, es por la clausula en q se pone à los poseedores el grauamen de nombre, y armas, diziendo, que con esto quedò modificando el llamamiento generico del paciente mas proprio del linage para que se entienda de aquellos partes à quien por derecho de sangre les toca el nombre, apellido, y armas del fundador, con que solo pueden suceder los varones agnatos del fundador, *Curtius Senior conf. 78. num. 3. Ripa in l. 1. num. 10. C. de pact. Curtius Junior conf. 39. num. 140. nu. 2. vol. 2. Ancharran. conf. 27. num. 6. vers. Postquam igitur per dictam repudiationem*, donde estauan substituidos los dos pacientes cercanos de domo, & progenie de Calcagnis, y enã generales estas para cõprehender sin distincion los agnatos, y cognatos las palabras de *domo, & progenie*, que es lo mismo que del *linage*: pero porque se aadió luego la palabra, de *Calcagnis*, se fuelue, que se comprehende, y se ha querido cõseruar la agnacion de calcagnis para que siempre sucediessen los agnatos, y este consejo de Ancharrano es comunmente recebido, *ut latè probat Peregrin. de fideicommiss. art. 22. num. 3.* y que asistiendo Don Pedro la extension de la voluntad por semejante



jante precepto, ha de ser preferido, per l. 40. Tauri. ibi: Saluo si otra cosa estuviere dispuesta por el que fundò el mayorazgo.

48 A que se añadira el lugar de Gregorio Lopez citado à la vista en la l. 2. tit. 15. part. 2. gl. 18. verb. El mas propinquo pariente, en la questión 2. incipit: Sed pone, quòd in instrumento maioria, ibi: Nisi ex alijs appareret de contraria voluntate disponentis, ut quia iussit portare arma de genere paterno, & vocaretur nomine talis generis paterni, cum enim ista non cadat, nisi in illis, qui sunt de eo genere, non censentur alij vocati, &c.

49 A esta ponderacion se responde peremptoriamente de muchas maneras. Lo primero, que no se puede hazer mucho caso deste grauamen para la determinacion del pleito. Lo vno, porque en la clausula no especificò el fundador, si auia de ser el apellido, y armas de parte de su padre, ò de su madre, siendo asì, que se llamaua, y firmaua entrambos nòbres, como se dira luego mas latamente.

50 Y lo otro, porque (como parece del processo, y se dixo en la relación de la vista) de tres escrituras, y traslados, que estan presentados, los dos no ponen la condicion de nombre, y armas copulatiuamente, sino disiunctim, y alternativè, diziendo nòbre, ò armas, y estos no estan impugnados, ni redarguidos de falso por Don Pedro de Agraz, y el que el presentò lo tiene redarguido Don Francisco, y no se ha comprobado, y le falta la autoridad, ut in l. 115. titul. 18. Partida 3.

51 Y estando reseruado para definitiva sobre à qual destos instrumentos se ha de dar fe, ha de ser à los que no estan impugnados, supuesto que no se ha mostrado, ni exhibido el protocolo, aunque se han hecho diligencias, & consequenter se sigue, que pues el fundador se contentò cò que el sucessor traxesse el nombre, ò ar-



ò armas, no està, ni puso el misterio, y fuerza del llama-  
miento en conjetura tan leue, sino en las palabras del  
pariente mas propinquo de su linage, que con tanto  
acuerdo las expreso.

52 Lo segundo, porque de qualquiera suerte el grava-  
men de nombre, y armas no lo puso de tal manera,  
que precisamente el pariente que aya de suceder en el  
mayorazgo aya de tener sangre del padre del funda-  
dor, y juntamente llamarse de aquel apellido, y traer  
sus armas; porque esto no lo dispuso, ni dixo, sino que  
solo llama a la sucession al pariente mas propinquo  
de su linage, y en elabula distinta y apartada (con in-  
terposicion de otras que ay de por medio) grava à to-  
dos los sucesores à q se llame de su nombre, y traigan  
sus armas derechos, sin q se pueda adiuinar mas de lo q  
el dixo, ni tenga otro misterio alguno, sino poner gra-  
uamen, que le puede cumplir qualquiera; quia nihil  
mali est honesti hominis nomen assumere, *l. facta, §. si*  
*sub conditione, D. ad Trebellianum l. hoc iure, §. sed ex*  
*stipulationis, versiculo, Denique Pegassus patabat, si tibi*  
*centum sponndit, si iurasses, tenorem meum laturum, do-*  
*nationem non esse; quia ob rem facta est, Et res secuta*  
*est.*

53 Y en estas leyes, y otras que concuerdan no tiene  
el gravado mas obligacion, que de cumplir el precep-  
to, *ut probat glossa in dicto §. si sub conditione, ibi: Ut*  
*instituo te heredem, si imponas tibi nomen meum, scili-*  
*cet, Accursium, quod est honestum nomen, dictum, quia*  
*occurrit, Et succurrit contra tenebras iuris civilis, se-*  
*cus si dixit, si imponas tibi nomen Bessilo, quod est turpe*  
*nomen, Et tenet Decius cons. 273. n. 3. Paris. cons. 19. nu.*  
*29. lib. 2. Socin. Jun. cons. 259 lib. 2.*

54 Tir aquello lib. 7. connub. glos. 1. part. 5. num. 28. vbi  
testatur auer visto muchos testamentos dōde debaxo



desta condicion, *ferendi nomen & arma*, se dexauan muchos legados, y fideicommissos, *Peregrin. de fideicommissis. art. 22. num. 12.* Y los estraños de todo punto se pueden grauar, y grauan con esta condicion como se colige *del cons. 25. lib. 2. in princip. de Socino Senior*, donde vn testador instituyò à la hija de su muger, con condicion, que ella, y sus hijos tomassen su apellido, y armas; y Suetonio Tranquilo en la vida de Augusto Cesar, in fine, refiere, que Augusto Cesar dexò por sus herederos à Liuia su muger, y à Tiberio su alnado, y les puso por precepto se llamassen el apellido de Augusto, y Tiberio. Terencio en los comentarios de Suetonio refiere, que Tiberio cumplió el precepto, y que Liuia su madre, pareciendole nombre de mucha obligacion, lo recusò; y esta su recusacion no la admitió el pueblo, porque la llamó siempre Augusta.

55 Lo tercero, porque en la misma clausula del nombre, ò armas se echa de ver, ò que no habló el testador del apellido de Agraz solamente (sino juntandolo con el de Marquina, pues se nombrava de entrambos) ò que presupuso el caso de no ser el sucessor de la agnacion, y varonia de Agraz, porque aliàs no tenia necesidad de tenerlo por grauamẽ, y dar tres meses de termino al poseedor, para que si dentro dellos no lo cumplicie, passasse la sucession al siguiente en grado; y assi se conuence, que este grauamen lo puede cumplir don Francisco, conforme à la voluntad del fundador, *ut in lege ab omnibus 107. D. de legat. 1. ibi: Cum & significatio verborum non repugnet huic sententia, & voluntas testatoris congruat. l. miles. S. quidam. D. ad legem Iuliam, de adulter. ibi: Opinionem quidem nostram & verba legis & sententia adiuvant.*

56 Lo quarto, porque el fundador no puso el precepto de apellido y armas en forma de sustancia, hoc est, que aquellos que huuiessen de suceder, fuesen de su apelli-

F

do



do y armas, porque si lo dispusiera desta suerte, solos aquellos que eran de aquel linage podian suceder, que son los terminos en que aconsejó *Anchar. d. conf. 27.* y *Bart. in l. 1. C. de conduct. lib. 10.* donde dize, que si alguno substituyò à su hijo la casa de los Bardos, que aquellos que son de aquella familia de los Bardos puedan solo suceder. Y *Hieron. Gabr. conf. 132. num. 38. per tot.* donde el fideicomisso se ordenò en favor de la familia de Nardis, y aunque el nombre de la familia era comprehensiuo de todo linage, se restringiò à solo el de los Bardos. Lo mismo resoluiò *Alex. conf. 213. num. 13. vol. 6.* in substitutione facta illorum dela Torre, *Dec. conf. 321. num. 1.* Et *per tot.* in fideicomisso relicto familiae de Puteo, *Crauet. conf. 800. num. 6.* Et *7. lib. 5.* en la substitucion de los parientes mas propinquos de la casa y nombre de Vinclatis.

- 57 Nuestra clausula no es desta forma, porque solo en ella se contiene vn grauamen, impuesto por el fundador à todos los sucesores, de que se ayan de llamar, y llamen de su nombre y apellido, y traigan sus armas, como el al presente las trae: que es en lo que aconsejó *Menoch. conf. 30. lib. 1. per tot.* cuyo caso fue, que vn testador dexò todos sus bienes à vna muger, con que los dexasse al noble que eligiesse, y que este eligido tomasse el nombre, y armas de la familia de Soberia. Esta muger eligiò dos hermanos del apellido de Pignones, que no renian parentesco con la familia de Soberia. Pretendieron dos hermanos de la familia de Soberia, que ellos auian de ser elegidos, fundandose, que el apellido y armas de la familia, solo en los sucesores de sangre se transfiere, y que siendolo ellos, debian ser elegidos, y no los otros dos hermanos, que no lo eran, ni renian sangre del linage de Soberia. Y sin embargo que huuo commemoraciò de la familia, resuelue *Menoch. à num. 7. cum seqq.* que pudieron ser elegidos los dos



dos hermanos de Pignones, que eran los legitimos sucesores, con obligacion de tomar el apellido de Soberia, y traer las armas, sin embargo de que no tuvieron sangre del apellido de Soberia.

58 Con esto queda respondido à los consejos de Ancharr. Curc. lun. y los demas, que se podrán juntar en el proposito, porque todos ellos hablan en caso que el nombre y armas se puso à la sustancia, endereçando, y aplicando la disposicion à los que las tuviessen. Præterea, porque son Autores estrangeros, donde lo fideicomissos son agnaticios, y en que ai estatutos exclusivos de las hembras: y assi nil in iure, que en poniendo el grauamen de nombre y armas, lo juzguen por de agnacion.

59 Lo quinto, porque si bien en nuestros Reinos han querido sacar algunos Autores conjetura de agnacion de llamar al pariente mas propinquo del linage con nombre y armas, como lo haze Gregorio Lopez, en el lugar arriba dicho, Peral. in l. cum ita, §. in fideicom. n. 16. de leg. 2. Mier. part. 2. quæst. 6. num. 424 Garc. de nobilit. in diuis. oper. num. 36. la verdad es, en contrario, como lo distingue y prueba Molina de primogen. lib. 2. cap. 14. à nu. 6. donde en el num. 9. ita concludit: *Sed quamuis Scribentes, quos superius retulimus, nominis, atque armorum conditiones ad hæc usque protrahere velint, eorum tamen opinio in Hispania nunquam hucusque admessa fuit, imò ex Hispana consuetudine grauamen hoc nominis, & armorum æque fœminis, ac masculis adimpleri potest, nec ex armorum, seu nominis grauamine hucusque visum, nec auditum est, quod iudicatum fuerit agnationis, seu masculinitatis coniectura induci, & ea, quæ prædicti DD. dicunt, intelligenda sunt secundum statuta, & consuetudines Italiae, ex quibus, quoad hæc, & omnia alia conseruatur agnatio, & masculinitas, & fœminæ excluduntur, quod bene explicant Corn. cons. 26. nu.*



4. lib. 4. Socin. lun. cons. 2. num. 10. lib. 1. & comprehenditur ex dictis ipsorum Scriben. quos pro contraria opinione citauimus, idque sic in Forensibus controuersijs praticari, atque intelligi solitum est.

60 A Molina figuen Burgös de Paz in proœmio legum Tauri, num. 45. Mier. ubi proximè num. 23. & Garc. num. 41. & latissimè don Iuan del Castillo.

61 Y si fuera verdad que deste precepto se induxera conjetura de agnacion en el caso presente, las mismas hijas y descendientes del fundador quedaran exclusas, cum foemina sit finis propriæ agnationis, & principiu alienæ, l. pronuntiatio, in fin. de verb. signific. Lo qual repugna a las clausulas, pues tienen en ellas llamamiento específico.

62 Lo sexto, porque Gregor. Lop. in d. l. 2. quest. 2. que alegò el Abogado contrario por indiuidual de nuestro pleito, no hizo mas que sacar conjetura de agnacion por el grauamen de nombre y armas, quando llama el testador al mas propinquo de su linage, pero no tocò el punto de nuestro pleito, que consiste en dezir, si auie do llamado al pariente mas propinquo de su linage, y grauadole con nombre y armas, quiso llamar solo a los parientes de parte de su padre, y no a los de parte de su madre, porque este caso no lo tocò Gregorio Lopez, sino solo en si de semejante llamamiento se induze conjetura de agnacion. Y esto pareci euidenter. Tum, porque la question que propono, es del agnato y cognato, ibi: An intelligatur de agnato, vel sufficiat, quod sit cognatus, y assi las palabras siguientes, & sic de genere, & parte matris, no se pueden entender de la madre del fundador (que no era este el caso que proponia) sino de la madre del cognato, por coya interpolicion auia perdido la agnacion.

63 Tum, porque lo que alega Gregorio, son la l. 1. de iure inmanit. y alli Bart. y los consejos de Ancharrano, que



que son lugares en terminos, que disputan el punto de la agnacion, y cognacion.

64 Tù m. porque esto mismo prueban las demas palabras de Gregorio Lopez, ibi: *Et quia verbum generatio ab homine, vel à iure prolatū, debet intelligi de descendentibus ex linea masculina, non de feminina, & ibi: Et quia inspecta mente loquentis videtur habuisse respectum ad agnationem, & ad personas, per quas conseruatur agnatio, ut patet in Euangelio Matthæi, ubi non nominantur nisi masculi descendentes ex masculis, & ibi: In contrarium tamen videtur text. in l. 1. de liberali causa, ubi habetur, quòd appellatione generis etiā comprehenduntur cognati, dicuntur enim cognati de genere, & ibi: Vel ex alijs constet habuisse respectum ad agnationem.*

65 De manera, que tratando Gregorio Lopez solo el punto de la agnacion, que es el ordinario, el quererlo aplicar para la diferencia del linage del fundador paterno, ò materno, es quid diuersissimum, pues nuestro punto no lo tocò, ni hablò del.

66 Lo septimo, porque quando lo huuiera tocado, y se pudiera aplicar à el, no prejudicaua à don Francisco de Agraz, porque Gregorio Lopez pone vn requisito individual, ibi: *Vt qui iussit portare arma de genere paterno, & vocaretur nomine talis generis paterni:* y assi para cumplir con esta calidad auia de constar en el proceso, y clausula, que el grauamen de nombre y armas de que trata, fuesse el agnaticio de Agraz, y no otro: lo qual no consta, ni parece, porq̃ la clausula no dize, q̃ el nombre y armas fuesse del linage de Agraz, sino solo que se llamassen de su nombre y apellido, y que traxessen sus armas derechas, y en el mas preeminente lugar.

67 Y para que se entendiesse las de Agraz, auia de auer pregunta en que se articulara y probara, que el nō-

G

bre



bre y armas de que usaua, era el agnaticio de Agraz, (supuesto que la clausula no lo dize) y siendo esta calidad el fundamento de su intencion, y faltando la probança, es lo mismo que sino la huiera, *ex gloss. vulgaribus in l. si verò, §. qui pro rei qualitate, D. qui satisf. cog. int. quam exornat Petr. Sard. cons. 145. num. 40. Fulvio Pacian. de probat. lib. 1. c. 53. §. 4. Farin. in praxi crimin. 1. part. quæst. 1. num. 23. §. notant communiter D.D. in l. non ignorat, C. qui accusare non poss. Sin l. cum qui duas, C. ad leg. Iuliam, de adulter. August. Barbosa axiomat. 128. n. 1. §. 2.*

68 Præterea, porque tantum distat de estar probado el nombre y armas, de que fincio el testador en su clausula fuesse solo el de Agraz, que consta lo contrario, pues siempre se llamó Agraz, y Marquina, que es el nombre y apellido de doña Catalina Suarez de Marquina, su madre, por donde tiene el parentesco con el don Francisco de Agraz, y siempre se firmò Agraz, y Marquina, segun parece de todos los traslados del testamento, que estàn presentados, sin que en esta parte diferencie ninguno.

68 Et consequenter, auindose referido, en la clausula al nombre y apellido de su linage, y siendo su firma el apellido del linage paterno, y materno, que es Agraz, y Marquina, es imposible que aya nadie que diga, ni pueda dezir, que por este grauamen en que se incluyen entrambos linages paterno, y materno, quisiessse excluir el materno, y admitir solo el paterno.

69 Quapropter es preciso coacta iuris ratione. Y sin q se pueda dudar, que aunque quisiessse llamar à los parientes, de parte de su padre, no por esso quiso excluir, ni excluyó à los maternos: y que quando en igual grado quisiessse preferirlos, y anteponerlos, no quiso excluir al que fuesse de mejor grado, y mas cercano, pues llamó al mas propinquo de su linage. Y este pun-



lo lo determina el mismo *Gregorio Lopez* en el lugar de que vimos hablando en la *quest. 5.* donde en el mayorazgo hecho por marido y muger, aunque en igual grado, se prefriere el pariente del marido, lo limita, auiendo pariente mas propinquo de parte de la muger: *maximè in illis verbis: Et sic preferendus videtur consanguineus viri, & satis est, quòd nonstantibus impari gradu preferatur proximior, licet ex hac parte uxoris data tamen paritate gradus, maior consideratio est ex parte viri, ut preferatur eius consanguineus, quia videtur in ordine scilicet subintellectu Prelatus.*

70 Esta doctrina determina el caso en terminos, pues si bien data paritate se prefiriera el pariente con nombre de Agraz, por ser el paterno del fundador: pero auiendo pariente mas cercano del nombre de Marquina, que fue la madre: este es preciso que se prefiera, y q̄ sea solo el comprehendido en el llamamiento del pariente mas propinquo de su linage, pues los tenia entrambos, y se preciaua dellos, y se firmaua Agraz, y Marquina.

71 Con lo qual no es posible dezirse, que el gravamẽ de nombre y armas, es el que dà prelación à don Pedro de Agraz, ni el lugar de Gregorio Lopez, siendo assi, que nada desto excluye à dñ Frãcisco, sino que hallandose con la proximidad del grado, vence à la afeccion del nombre de Agraz, que solo pudiera preceder en igual grado, pero no siendo el materno, el mas propinquo, porque el fundador no excluye el materno, ni dixo, que el linage auia de ser el de Agraz, ni se firmaua solo este nombre, sino *Agraz y Marquina*: y assi el punto versatur extra controuersiam, y lo determina indiuidualmente Greg. Lop. in d. q. 5.

72 Lo octauo, porq̄ las palabras, *el pariente mas propinquo de mi linage*, se verificã en el linage paterno y materno, *vt sup. latè dictum est n. 20.*

Et



73 Et ideo, quando se junte este llamamiento con la clausula del grauamen de nombre y armas, lo mas q dello se puede colegir, es vn argumēto conjeturado de si quiso mas al linage paterno, q al materno, en lo qual solo se procede por argumentos, presumpciones, y cōjeturas; y en el auer querido, y llamado al pariete mas propinquo de su linage, no puede auer duda, pues lo dize por palabras expresas, las quales asisten à dō Frācisco, y se verifican en su persona, y han de preualecer à qualesquier otras ponderaciones y conjeturas, *l. 5. tit. 33. p. 7. ibi: Las palabras de los facedores del testamento deben ser entendidas llanamente, assi como ellas suenā, y non debe el juzgador partirse del entendimiento dellas, l. non aliter 69. de legat. 3.*

74 Quod procedit, etiā si præsumptio sit magna in cōtrarium, dummodo expresse non constet de contraria voluntate, quia interdū plus valet scriptura, quā quod actum est, *l. si alij, D. de usufr. legat. ex quo notat Bald. cons. 171. ad fin. vol. 2. tacitam rationē non debere considerari, sed verba spectanda. Abb. cons. 36. in fin. lib. 1. Mant. de coniect. ult. lib. 6. tit. 14.* Y como dize Pereg. de fideicom. art. 11. n. 2. § 3. *cū verba sunt clara textū habemus, nec indigemus glos. ad explicandam disponētis intentionem, neq; dici potest aliā fuisse testatoris mentem, quia determinata non indigent determinatione, & qualibet interpretatio cauillosa videtur.*

75 De aqui nace, q en este pleito, teniendo don Francisco de Agraz llamamiento expreso, y en q no puede auer duda, ni error, no puede hazerle cōpetencia don Pedro, siendo el suyo tacito, y conjeturado, y en q tantas dudas ocurre, y pueden considerarse, vt apparet ex supra dictis. Quapropter, lo cierto no ha de cessar por lo incierto, ni lo claro por lo dudoso, *l. cogi, §. idē querit, D. ad Treb. l. ordinata, §. si ijs qui in vers. Ne melioris sit cōditionis, qui dubie libertatis est, quā qui certe*

Y



76 Y para no errar semper inhærendum est verbis, l. 1. §. si is qui nauem? D. de exercitoria, ibi: In re igitur dubia melius est verbis edicti inseruire, vbi glos. verb. edicti ait, y como dize Magonio in decis. Florentina 52. n. 1. si errandum sit in interpretanda voluntate defuncti, tutior erit error iudicis si inhæreat scripto.

77 Y la razon es por la diferencia grande que ai entre lo expreso, y lo tacito; porque lo tacito solum in intellectu percipitur, ut in l. ratum, D. de solution. por cuya autoridad Baldo in l. fin. nu. 5. vers. Ad primum, C. de institution. §. substit. hablando de las diferencias que ai entre la pupila tacita, y la expresa, dize: Forma ipsarum est tacita, §. intellectualis non differens ab expressa, nisi sit, ut differt expressum, §. tacitum, est autem tacitum, quod magis intellectu percipitur, quam locutione exprimitur, D. de solutio. l. ratum, D. unde. De tacita substitutione non dicitur tabellio propriè esse rogatus; quia non est de tenore, vel serie testamenti, sed de mero iuris intellectu, §. interpretatione. Et paulò post dicit: Ex his apparet, quòd omnis tacita non habet formam aliquam, nisi à iure non ab homine, quomodo autem differat ab expressa, §. certè sicut indivisibile differt à visibili, ut in l. 1. §. legi, D. de ijs, que in testam. delentur.

78 Y el mismo Baldo in l. si quis, §. quesitum, col. 4. vers. sic. venio ad questionem, D. si quis cautionatus, dize: Expressum dicitur, quod voce profertur, vel quod per scripturam apparet ad oculum, quod autem per rationem intellectus solum colligitur, dicitur tacitum. Et idem Baldo cons. 42. casus talis est statuta lib. 1. dicit: Id omne, quod ex interpretatione venit esse tacitum, non expressum, id autem expressum esse, quod venit ex significatione vocis. Y elegantemente Iuan Fabro in §. qual ratione, col. 1. instit. de pupillar. substit. donde dize: Id dicitur expressum, quod ex certa significatione, §. vi verborum de pre-

H

ben-



hēditur prolatum, tacitum autem, quod vi verbi ex sua  
recta significatione non importat, sed ex coniecturat a-  
mente, & voluntate verbis patientibus deprehenditur.

79 Y así concluimos, que siendo el llamamiento de  
Don Francisco literal, y expresado, que debe prefe-  
rirse al que solo se funda en presumpciones, y conjetu-  
ras extrinsecas, *ut in l. 1. D. de his, quæ intestament. de-  
lentur, ibi: Legi autem sic accipiendum est, non intelli-  
gi, sed oculis perspicere, quæ scripta sunt, ceterum si extrin-  
secus intelligantur, non videbuntur legi posse.*

80 Don Francisco con la letra clara, y expresa de su  
cláusula tiene la primera parte de la lei, Don Pedro lo  
mas que puede alegar en su fauor es la segunda, vide-  
licet, extrinsecus intelligi, & non legi, y declarando la  
glossa estas palabras, *verb. si extrinsecus*, dize, q̄ es en-  
tendiéndolo extrinsecus, quod intelligitur alicuius in-  
genio, vel subtilitate sua, non ex ipsa littera, neque ex  
vi ipsius litteræ, sed ex his fortè, quæ præcedunt, vel  
quæ secuntur: con que se responde à quanto se alegare  
por parte de Don Pedro.

81 La misma regla tenemos en la *l. in his, 16. D. de cō-  
dition. & demonstrat.* la qual considera dos casos en q̄  
comprehende toda esta materia.

82 El primero, si el caso sucedido no està proveído en  
la fundacion, y manda, quod ex bono, & æquo, se juz-  
gue, *ibi: In his, quæ extra testamentum incurrunt, pos-  
sunt res ex bono, & æquo interpretationem capere.* Y  
así faltando disposicion expresa dà licencia al juez  
para que ex bono, & æquo interprete.

83 El segundo caso es, si lo sucedido està dispuesto, &  
se comprehende en el testamento, y entonces mãda  
que precisamente se guarde lo escrito, y expresado, y  
quita al juez el arbitrio que en el primer caso le auia  
dado, *ibi: Ea vero, quæ ex ipso testamento oriuntur, ne-  
cesse est secundum scripturam rationem expedire:* lo qual de-  
clarò



clarò d.l. 5. tit. 33. p. 7. ibi: *Nõ debe el juzgador partirse del entendimiento dellas, l. generaliter, C. de institutio. ibi: Et res secundum verba testamenti restitui.*

84 Finalmente cerramos este discurso con que si fuera necesario valernos de adminiculos, no es mui pequeño el auer Doña Ana de Agraz, vltima poseedora, reconocido por verdadero sucessor, y llamado á Don Francisco de Agraz y Marquina haziendole donacion de todos sus bienes, aduirtiendo, que siendo hija del fundador pudo saber su voluntad, y si quiso, ò no, excluir los parientes de su linage materno, & ideò ei maxima auctoritas deferenda est; quia censetur quædam certissima interpretatio ambiguitatis: *ut cū Bart. in l. gerit, num. 17. de acquirenda hereditat. probat Molina lib. 1. cap. 8. num. 38. Camil. Gallinio de verborum significat. lib. 10. cap. 38. num. 19. fol. 315.*

85 Hiero. Gabr. conf. 132. q. 2. n. 7. § 8. vol. 1. ibi: *Quia si veritas cause, & mēs Iberij ex testamēto nõ esset perspicua, tamē credi debet talis qualē illā Martius exprimit: tū, quia potuit ita à patre, qui per biēniū superuixit sæpius audire, & ita verosimile est: cū dicat eā sibi esse manifestissimam. tūm, quia potuit ipse Martius eā declarare, habendumque est pro vero, quod ipse expressit secundum Bart. in l. si quis à filio, §. 1. D. de legat. 1. Cephal. conf. 28. num. 13. Riminald Senior. conf. 184. n. 36. versic. Per cuius Iacobi, & heredis assertionē voluntas Petri, cuius est heres, probatur lib. 1. fol. 246. Grato cōf. 35. n. 11. vsque ad 14. vol. 2. Bursat. conf. 28. n. 10. § 11. Paul. Castrens. conf. 395. n. 1. vol. 3.*

Y así por todos caminos se muestra clara la voluntad, y disposicion del testador en favor de D. Francisco, como esperamos se ha de determinar. Saluo, &c.



